

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ?

Van Enis, Quentin; Montero, Etienne

Published in:

Revue trimestrielle des droits de l'homme

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Enis, Q & Montero, E 2016, 'Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Delfi AS c. Estonie, 16 juin 2015)', *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, VOL. 2016, Numéro 108, p. 953-981.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg?

(obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Delfi AS*
c. Estonie, 16 juin 2015)

PAR

Étienne MONTERO

Professeur ordinaire à l'Université de Namur

ET

Quentin VAN ENIS

Maître de conférences à l'Université de Namur

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain

Avocat au barreau de Bruxelles

Résumé

Par son arrêt rendu dans l'affaire *Delfi AS c. Estonie*, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, par quinze voix contre deux, que la condamnation d'un portail d'actualités à raison de commentaires postés par des internautes ne constituait pas une violation du droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10 de la Convention. Cet arrêt suscite des interrogations, d'une part, sur le plan de la prévisibilité de la condamnation encourue par la société requérante, compte tenu de l'exonération de responsabilité prévue par le droit européen en faveur des fournisseurs de service d'hébergement, et, d'autre part, au regard du risque de censure privée qu'il fait courir sur l'exercice de la liberté d'expression en ligne.

Abstract

By its judgment in the case *Delfi AS v. Estonia*, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights held, by fifteen votes to two, that the conviction of a news portal on the basis of online comments posted by users does not violate the right to freedom of expres-

sion protected by Article 10 of the Convention. This judgment raises questions, firstly, in terms of foreseeability of the decision holding the applicant company liable, taking into account the exemption from liability under European law in favour of hosting service providers, and, secondly, as regards to the risk of private censorship it creates for the exercise of freedom of expression online.

Introduction

1. *Une première.* L'arrêt de chambre rendu le 10 octobre 2013 dans l'affaire *Delfi AS c. Estonie* avait donné lieu *ex ante* à une large mobilisation et *ex post* à de nombreux commentaires et réactions critiques¹. C'est dire si l'arrêt de Grande Chambre était attendu avec impatience². L'importance des enjeux de l'affaire n'a pas échappé à tous ceux qui exercent une vigilance particulière à l'égard des libertés fondamentales et, singulièrement, de la liberté d'expression. Des observations écrites ont été remises par pas moins de sept organisations autorisées à intervenir dans la procédure en qualité de tierces parties³.

C'est la première fois, il est vrai, que la Grande Chambre était appelée à se prononcer sur un litige relatif à l'exercice de la liberté d'expression dans le contexte des nouveaux médias. Consciente de marcher sur des œufs, elle se sent curieusement obligée de préciser qu'elle «juge nécessaire de délimiter la portée de son examen à la lumière des faits de la présente cause»⁴. Cette précaution apparaît maladroite, car, s'il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme, comme tout juge, se prononce en fonction des circonstances du cas d'espèce dont elle est saisie, les arrêts de la Grande Chambre ont, par essence,

¹ Cour eur. dr. h. arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 10 octobre 2013. Entre autres prises de position et commentaires, voy. Article 19, «European Court strikes serious blow to free speech online», www.article19.org; D. VOORHOOF, «Qualification of news portal as publisher of users' comment may have far-reaching consequences for online freedom of expression: Delfi AS», <http://strasbourgobservers.com/2013/10/25/>.

² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015. Entre autres commentaires, voy. Q. VAN ENIS et P.-F. DOCQUIR, «Un grand coup de froid pour la liberté d'expression en ligne», *Le Soir*, mis en ligne le 23 juin 2015; D. VOORHOOF, «*Delfi AS v. Estonia*: Grand Chamber confirms liability of online news portal for offensive comments posted by its readers», <http://strasbourgobservers.com/2015/06/18/>.

³ Art. 36, § 2, de la Convention et 44, § 2, du règlement. Notons qu'à l'une des organisations étaient associées vingt-huit autres (voy. § 8 de l'arrêt)!

⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015, § 111.

vocation à guider les juges amenés ultérieurement à trancher des affaires similaires⁵. Le Comité des sages, chargé par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe de réfléchir à l'avenir de la Cour de Strasbourg, a ainsi pu considérer qu'étaient dévolus à la haute juridiction tant «un rôle de contrôle individuel» qu'«une mission de nature 'constitutionnelle'», amenant la Cour «à définir les principes et les standards communs en matière de droits de l'homme et à déterminer le niveau de protection minimale que les États doivent respecter»⁶. Il n'est dès lors guère surprenant qu'en dépit des précautions de langage de la Cour, différents commentateurs aient considéré l'arrêt *Delfi* comme un «arrêt de principe»⁷.

2. *Rappel des faits et rétroactes.* Delfi est l'un des plus grands portails d'actualités sur internet d'Estonie. Des centaines d'articles y sont publiés quotidiennement, en estonien et en russe, couvrant l'actualité des trois pays baltes. La possibilité est laissée aux internautes de poster des commentaires en lien avec les articles publiés. Ceux-ci suscitent quelque 10 000 commentaires par jour, publiés, le plus souvent, sous pseudonyme. Ces commentaires étaient mis en ligne automatiquement, sans modération préalable de la part de la société propriétaire du portail. Celle-ci avait toutefois adopté plusieurs mesures de précaution : un système de retrait sur notification des commentaires injurieux, offensants ou incitant à la haine ; un système de suppression automatique des commentaires contenant la racine de mots obscènes ; un système de notification directe au bénéfice des personnes s'estimant victimes d'un commentaire diffamatoire ; une «Charte des commentaires» publiée sur le site et indiquant tous les types de commentaires interdits, notamment ceux contenant des menaces, des insultes, des obscénités...

En janvier 2006, Delfi publia un article intitulé «SLK brise une route de glace en formation». Il y était fait état de la décision prise par une société de ferries de modifier l'itinéraire emprunté par ses navires, ce qui provoqua la rupture de la glace en des endroits où des routes de glace auraient pu être tracées ultérieurement. Cette fâcheuse décision eut pour effet de reporter de

⁵ Dans le même sens, K. LEMMENS, «#Je suis anonyme – Qui est juridiquement responsable de mes dires?», *R.D.T.I.*, 2016, à paraître, n° 7.

⁶ Rapport du groupe des sages au Comité des ministres, CM(2006)203, 15 novembre 2006, réunion 979bis des délégués des ministres, § 24. Voy. également les différents précédents de la Cour cités par les juges Sajó et Tsotsoria dans leur opinion dissidente commune (§§ 4-5).

⁷ Voy., par exemple, A. STROWEL, «Responsabilité des intermédiaires sur internet : la Cour de Strasbourg propose une approche graduée», *Les pages – Obligations, Contrats et Responsabilités*, 2015, n° 5, p. 3. Voy. aussi l'opinion concordante du juge Zupančič : «L'affaire porte en substance sur la protection de l'intégrité personnelle, c'est-à-dire des droits de la personnalité en Estonie, et aura des répercussions sur la protection de ces droits ailleurs en Europe» (nous soulignons).

plusieurs semaines l'ouverture de telles routes, au grand dam de nombreux citoyens pour lesquels celles-ci constituent un moyen moins onéreux et plus rapide que les ferries pour rallier les îles. L'article en question suscita un vif émoi et un grand nombre de commentaires. Une vingtaine d'entre eux contenaient des insultes et des menaces dirigées contre l'actionnaire unique de la société. En mars 2006, celui-ci demandait le retrait des commentaires et une indemnité de 32 000 EUR. La société Delfi procéda immédiatement au retrait des commentaires, mais refusa d'allouer l'indemnité demandée. L'actionnaire porta l'affaire en justice. Au terme d'une procédure mouvementée, émaillée de divers recours, la Cour d'État confirma l'arrêt de la Cour d'appel de Tallinn rendu en cette affaire. Il fut estimé que les commentaires litigieux avaient porté atteinte à l'honneur, à la dignité et à la réputation de L., et la société Delfi fut en définitive condamnée à lui verser 320 EUR à titre de dommages et intérêts pour n'avoir pas mis en place un système efficace garantissant le retrait rapide des commentaires illicites publiés sur le portail.

La société Delfi saisit ensuite la Cour européenne des droits de l'homme qui, tant dans l'arrêt de chambre que dans celui de Grande Chambre, conclut à la non-violation de l'article 10 de la Convention.

3. Position de la Cour. À l'instar de l'arrêt de chambre, la Grande Chambre refuse de voir dans la décision des juges estoniens une ingérence injustifiée dans la liberté d'expression du portail. Cette appréciation se fonde en substance sur les éléments suivants :

- le « caractère extrême » des commentaires postés en réaction à un article publié sur le portail (discours de nature haineuse ou incitant à la violence) ;
- la circonstance que le portail d'actualités est exploité par la société Delfi à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale ;
- l'insuffisance des mesures prises par ladite société pour retirer sans délai les commentaires et pour assurer l'identification des auteurs de ces derniers, de manière à pouvoir les en rendre responsables ;
- le caractère modéré de la sanction imposée.

L'arrêt de Grande Chambre est particulièrement touffu (65 pages, auxquelles s'ajoutent 27 pages d'opinions séparées, dont une opinion dissidente commune à deux juges). Les questions examinées sont nombreuses et les enjeux particulièrement délicats.

Les multiples considérations de la Cour s'ordonnent autour du classique triple test permettant de vérifier si la mesure restrictive de la liberté d'expression est conforme à la Convention. Il n'est pas controversé entre les parties que les décisions judiciaires estoniennes ont constitué une ingérence dans l'exer-

cice par la société requérante de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 (§ 118). Pour être conforme à la Convention, cette ingérence devait être «prévues par la loi», poursuivre au moins un des buts légitimes énoncés au paragraphe 2 de l'article 10, et être «nécessaire dans une société démocratique». Les parties ne contestent pas que la mesure restrictive litigieuse poursuivait un but légitime, en l'occurrence la protection de la réputation ou des droits d'autrui (§ 130). Par conséquent, notre commentaire se limitera à la mise en œuvre des tests de légalité (I) et de nécessité (ou «de proportionnalité») (II).

I. La légalité de l'ingérence

4. Au seuil de son analyse relative à la légalité de l'ingérence, la Cour rappelle, d'une part, que cette dernière doit avoir une base légale en droit interne, d'autre part, que la «loi» en question doit être accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets. Les parties ne s'accordent pas sur le point de savoir si ces exigences étaient réunies en l'espèce. Ainsi que le relève la Cour, leur différence de vues sur le droit applicable découle de leur divergence d'analyse «quant à la façon de classer la société requérante» (§ 125). Cette dernière estime qu'elle joue un rôle d'intermédiaire eu égard aux commentaires déposés par des tiers; par conséquent, argue-t-elle, aucune règle de droit interne ne lui permettait de prévoir qu'elle puisse être considérée comme éditeur responsable desdits commentaires. Aux yeux du gouvernement d'Estonie, Delfi est un éditeur de médias et il est clair qu'en vertu des règles du droit civil estonien, les éditeurs de médias sont responsables de leurs publications au même titre que les auteurs de celles-ci (§ 124).

5. Manifestement, la Grande Chambre n'entend guère s'immiscer dans cette querelle de qualification au regard du droit interne estonien afin de vérifier si la règle de responsabilité appliquée à la société requérante était effectivement prévisible. Pouvait-elle ainsi se défaire, en arguant qu'il ne lui appartient pas de se substituer aux juridictions nationales, auxquelles il revient, au premier chef, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (§ 120 *in fine* et § 127 *initio*)? D'aucuns répondent par l'affirmative, estimant que la Cour «n'intervient en réalité que marginalement, non pas en permettant un ultime recours sur le fond – ce qui supposerait qu'elle prenne position sur la règle interne applicable – mais pour contrôler si la décision prise dans un État membre est compatible avec les valeurs protégées par la Convention»⁸. Une telle opinion doit être nuancée.

⁸ R. HARDOUIN et Th. LÉONARD, «Arrêt *Delfi*: la liberté d'expression est-elle en danger?», www.droit-technologie.org, publié le 2 septembre 2015.

Remarquons, tout d'abord, que la Cour n'a pas hésité dans le passé à se prononcer sur la correcte interprétation à donner à des dispositions de droit interne. Que l'on songe à l'affaire *RTBF c. Belgique*, concernant la décision d'un juge des référés de suspendre provisoirement la diffusion d'un reportage télévisé afin de garantir une protection effective des droits à l'honneur, à la réputation et au respect de la vie privée d'un médecin. En l'espèce, la haute Cour de Strasbourg ne s'est pas privée de contredire le gouvernement belge et de prendre le contre-pied de la Cour de cassation, en estimant, aux fins de statuer sur la légalité de l'ingérence, que «l'article 19 de la Constitution n'autorise que la répression des délits commis à l'occasion de l'usage des libertés qui y sont énoncées, y compris la liberté d'expression, ce qui implique que les fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté ne sont sanctionnés qu'*a posteriori*»⁹. S'immisçant dans une controverse juridique qui divise les plus hautes juridictions belges, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas bornée à relever l'absence de prévisibilité concernant l'admissibilité d'une telle restriction préalable en matière audiovisuelle, mais elle a pris clairement position sur le sens à conférer à l'article 19 de la Constitution belge. Une telle appréciation était nécessaire en l'espèce. En effet, ainsi qu'il a été écrit en doctrine, «[...] pour vérifier si une restriction à un droit est 'prévue par la loi' [...], la Cour doit vérifier si la restriction est conforme au droit interne»¹⁰. Bien entendu, la Cour «reconnaît aux juridictions internes [...] une certaine marge d'appréciation et ne censure que les appréciations manifestement erronées»¹¹. Dans un arrêt récent, la Cour rappelle qu'«elle n'a pas à connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, *sauf si elles peuvent avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention* [...]»¹².

Ensuite, l'exigence de prévisibilité suffisante de la «loi» doit être entendue en ce sens qu'elle doit permettre «au citoyen de régler sa conduite» et, à cet effet, que celui-ci doit être «à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé» (§ 121). En vertu de la hiérarchie des normes, lorsque le citoyen compte sur des dispositions internes émanant d'une directive européenne, il est en droit

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, § 108, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1244, notes M. REGOUT et Q. VAN ENIS; *J.T.*, 2012, p. 245, note K. LEMMENS.

¹⁰ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd. par R. Ergec, *R.P.D.B.*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 56.

¹¹ *Ibid.*, avec référence à F. MATSCHER, «Dans quelle mesure une violation du droit national entraîne-t-elle une violation de la Convention?», in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 578 et s.

¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Iasir c. Belgique*, 26 janvier 2016, § 25, *J.T.*, 2016, p. 189; *J.L.M.B.*, 2016, p. 563. Nous soulignons.

d'attendre que celles-ci soient comprises et interprétées conformément à l'instrument de droit européen dérivé concerné¹³. À défaut de consentir une incursion suffisante dans le droit estonien pour vérifier sa conformité au droit de l'Union européenne, on comprend mal que la haute Cour de Strasbourg se permette de conclure que la règle de responsabilité applicable au portail était prévisible.

6. Encore peut-on se demander si elle pouvait apprécier la conformité du droit estonien au droit de l'Union européenne ou si elle devait se borner à en vérifier la conformité avec la Convention? Nous sommes d'avis qu'en l'espèce, *les deux formes de contrôle étaient consubstantielles*. En effet, on observe une remarquable convergence de préoccupations entre les deux Europe pour assurer une protection effective de la liberté d'expression dans la société de l'information. L'Union européenne et le Conseil de l'Europe ont retenu des principes communs afin d'assurer la promotion des droits garantis par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴. Si les textes adoptés sous l'égide du Conseil de l'Europe appartiennent à ce qu'il est convenu d'appeler le *soft law*, ils servent souvent d'arrière-fond interprétatif à la Cour de Strasbourg aux fins de déterminer la portée des dispositions contraignantes contenues dans la Convention.

Pratiquement, les deux organisations ont entendu aménager à la baisse la responsabilité des prestataires intermédiaires, en prévoyant les interdictions suivantes:

- l'interdiction de mettre en cause la responsabilité des intermédiaires eu égard aux informations dont ils assurent la transmission, l'hébergement ou le stockage sous forme de cache, pourvu que certaines conditions soient réunies; en particulier, dans le cas du stockage de contenus émanant de tiers, le prestataire intermédiaire ne peut être tenu pour responsable¹⁵, à moins qu'il ait eu connaissance du caractère illicite dudit contenu et n'ait pas agi promptement pour le retirer ou bloquer l'accès à celui-ci;

¹³ En l'occurrence, la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O.C.E. L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

¹⁴ Pour une démonstration, E. MONTERO et Q. VAN ENIS, «Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: squaring the circle?», *Computer Law & Security Review*, 2011, vol. 27, pp. 21-35, spéc. la première partie, n^{os} 5 à 19. En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, voy., en particulier, Comité des ministres, «Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet», adoptée le 28 mai 2003, lors de la 840^e réunion des délégués des ministres.

¹⁵ À cet égard, outre l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, voy., en particulier, le sixième principe de la «Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet», *ibid.*, et la note explicative, qui fait expressément référence à l'article 14 de la directive 2000/31.

- l'interdiction faite aux autorités nationales, quelles qu'elles soient (législateurs, autorités administratives, juridictions de tous ordres¹⁶) d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent.

Il ressort, du reste, clairement des considérants 9 et 46 de la directive 2000/31 que celle-ci n'entend pas porter atteinte aux principes applicables en matière de liberté d'expression¹⁷.

Force est de constater que la Grande Chambre de la Cour européenne a avalisé, sans examen critique minimum, plusieurs considérations et analyses ayant conduit les juridictions estoniennes à priver Delfi du bénéfice de l'exonération de responsabilité sous conditions, prévue pour l'activité d'hébergement de contenus et à lui appliquer le principe de la responsabilité éditoriale. Parmi les motifs invoqués à l'appui des décisions estoniennes, sans que la Grande Chambre y ait vu matière à déjouer la prévisibilité quant au droit applicable au portail géré par la société Delfi, nous nous contenterons, à ce stade, d'en épingler quelques-uns.

7. Les juridictions estoniennes ont fait grand cas de la circonstance que le portail était exploité à des fins commerciales et que la publication de commentaires représentait pour lui un intérêt économique (§§ 31, 112, 113 et 126). L'argument tiré du modèle économique adopté par les prestataires de service web 2.0 pour dénier à ceux-ci la qualité d'hébergeur et leur faire endosser une responsabilité éditoriale n'est pas nouveau. Il a déjà été souvent réfuté; on lui fera donc un sort rapide. En réalité, le caractère économique de l'activité d'intermédiation est sans rapport avec le fondement des exemptions de responsabilité. Qui plus est, ces dernières sont prévues pour certaines activités d'intermédiation qui répondent à la notion de «services de la société de l'information», entendus comme «des services fournis, *normalement contre rémunération*, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services»¹⁸. Par définition, de

¹⁶ Concernant les juridictions d'ordre judiciaire, l'interdiction vise tant les juges de la responsabilité que les juges du provisoire.

¹⁷ Comme l'indique le commentaire du sixième principe de la «Déclaration sur la liberté de communication sur Internet», précitée, si les prestataires intermédiaires de l'internet avaient pu être soumis à une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent ou à une obligation générale de recherche des faits ou circonstances révélateurs d'une activité illicite, cela aurait «pu constituer un frein à la liberté d'expression».

¹⁸ Cette définition, reproduite dans le considérant n° 17 de la directive 2000/31 figurait déjà dans d'autres directives antérieures. Voy., notamment, l'article 1^{er}, 2°, de la directive 98/34/CE du



tels services « englobent un large éventail d'*activités économiques* qui ont lieu en ligne »¹⁹. La directive n'a donc nullement réservé le bénéfice de l'exemption de responsabilité à des prestataires qui agissent à titre bénévole. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a-t-elle jugé, dans une affaire concernant le service de référencement payant AdWords de Google, que « la seule circonstance que le service [...] soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération [...] ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31 »²⁰. Cette interprétation a été confirmée²¹. À l'inverse, en Belgique, certains juges ont estimé que l'exonération prévue dans la loi belge de transposition n'était pas applicable en tant que telle à un forum de discussion qui n'est *pas commercialement exploité*²².

8. Il se déduit des deux arrêts précités que l'exonération de responsabilité prévue par l'article 14, § 1^{er}, de la directive 2000/31 s'applique au prestataire de service 2.0²³ lorsqu'il n'a pas joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données stockées à la demande d'un tiers. En ce cas, ledit prestataire ne peut engager sa responsabilité pour un contenu émanant de tiers que si, ayant pris connaissance du caractère illicite de ce contenu, il n'a pas promptement retiré ou rendu inaccessible ledit contenu²⁴.

En l'espèce, il est discutable de qualifier globalement Delfi d'éditeur et de lui dénier le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'hébergement en ce qui concerne les commentaires postés par les tiers. Certes, dira-t-on, l'activité du prestataire déborde largement le simple hébergement des commentaires postés par les internautes. Toutefois – faut-il le rappeler ?²⁵ –, les auteurs de la directive 2000/31 invitent à raisonner en termes fonctionnels, en ce sens

←

22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.

¹⁹ Considérant n° 18 de la directive 2000/31. Nous soulignons.

²⁰ C.J.U.E., Gde Ch., *Google France et Google*, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, § 116.

²¹ C.J.U.E., Gde Ch., *L'Oréal e.a.*, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, § 115.

²² Civ. Anvers, 5^e ch. B, 3 décembre 2009, *A&M*, 2010, p. 560, note B. VAN BESIEEN.

²³ En l'occurrence, au prestataire de service de référencement (en tant qu'il stocke des données à la demande d'un annonceur) et à l'exploitant d'une place de marché en ligne (en tant qu'il stocke des annonces d'offres à la vente postées par de potentiels vendeurs).

²⁴ Voy. arrêt *Google France et Google*, § 121, point 3, et arrêt *L'Oréal e.a.*, § 145, point 6.

²⁵ Parmi d'autres, E. MONTERO, « Les responsabilités liées au Web 2.0 », *R.D.T.I.*, n° 32, 2008, pp. 363-388, et les réf.; *ibid.*, « Le domaine de l'internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité civile – Domaines choisis*, CUP, n° 119, Anthemis, Liège, 2010, pp. 185-225, spéc. n° 23.

qu'un même acteur peut assumer plusieurs activités: «La distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercée. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités»²⁶. Aussi n'est-on pas obligé de sacrifier à une vision binaire (*aut... aut...*) et de cantonner le prestataire dans *un unique* statut (hébergeur ou éditeur, par exemple), à l'exclusion de tout autre. Il est permis de considérer qu'un acteur peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pour son activité consistant à stocker des contenus apportés par les tiers – au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive 2000/31 –, tout en ayant à assumer une responsabilité de droit commun pour ses autres activités.

Cet exercice de qualification ne nous paraît pas avoir été mené en conformité au texte européen et, estimant ne devoir point s'en mêler, la Cour européenne des droits de l'homme (chambre et Grande Chambre) faillit aussi, à notre avis, en son contrôle de légalité dans le cadre de l'article 10 de la Convention.

9. La Cour n'a pas désapprouvé les juridictions estoniennes en ce qu'elles ont considéré que les intermédiaires actifs devaient retirer les commentaires d'initiative et sans délai après leur publication, et non pas seulement après qu'ils ont eu une connaissance effective – par le biais d'une notification ou par tout autre moyen – du caractère illicite des commentaires (§ 153). À l'évidence, pareille règle de responsabilité, déduite du droit estonien, invite instamment l'intermédiaire à exercer un contrôle en amont et supprimer tous les commentaires qui l'exposent à une responsabilité. Il s'agit là d'une invitation manifeste à la censure privée: quoi de plus apparemment contraire à la directive 2000/31 et aux droits garantis par l'article 10 de la Convention?

Or ni les autorités estoniennes ni la Cour n'avancent une justification raisonnable permettant de convaincre de la conformité de cette solution à la loi estonienne sur les services de la société de l'information²⁷... *et* à l'article 10 de la Convention²⁸. S'il est vrai qu'il n'appartient pas à la Cour d'interpréter le droit de l'Union européenne, ni de se substituer aux juridictions nationales, on

²⁶ Voy. le «Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur», présenté par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28, ainsi que le «Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique», 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 13.

²⁷ Qui est censée transposer correctement la directive 2000/31 de l'Union européenne.

²⁸ Dans le même sens, voy. l'opinion dissidente commune aux juges Sajó et Tsotsoria, spéc. § 17.

peut néanmoins se demander si elle n'a pas conclu hâtivement à la prévisibilité de la règle de responsabilité appliquée à la société Delfi, alors que des principes élémentaires, chers aux deux Europe, paraissent avoir été battus en brèche.

10. Au total, l'examen de la *légalité* de l'ingérence nous semble un peu court et, en définitive, discutable. Pour des motifs déjà suggérés en filigrane, la *nécessité* de l'ingérence est également sujette à caution.

II. La nécessité de l'ingérence

11. Pour apprécier si une restriction dans le droit à la liberté d'expression apparaît nécessaire dans une société démocratique, la Cour vérifie classiquement si elle est «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités pour la justifier paraissent «pertinents et suffisants» (§§ 131 et 142). Avant d'analyser en profondeur les différents facteurs pris en considération par la Cour (B), il peut être utile de s'arrêter sur les différences que présente l'arrêt de Grande Chambre par rapport à l'arrêt de chambre, confirmé dans son principe et dont les motifs sont similaires, mais non en tous points identiques, à ceux retenus par la formation solennelle de la Cour²⁹ (A). Ces différences méritent d'être soulignées dans la mesure où elles permettent de faire ressortir les spécificités de l'appréciation à laquelle s'est livrée la Grande Chambre, laquelle, assez étonnamment, a souhaité couper court à toute velléité d'extrapolation de sa position au-delà des circonstances du cas d'espèce.

A. Aperçu général de l'appréciation effectuée par la Grande Chambre

12. La Grande Chambre a confirmé l'approche de la chambre, reprenant à son compte les quatre principaux éléments sur lesquels cette dernière avait fondé son examen de la nécessité de l'ingérence, à savoir, le contexte des commentaires (1), la responsabilité des auteurs des commentaires (2), les mesures prises par la société requérante (3) et les conséquences de l'ingérence pour cette dernière (4). Nous les examinerons tour à tour dans la suite du propos.

²⁹ D. VOORHOOF parle à cet égard de «very similar, but not identical grounds» («Delfi AS v. Estonia: Grand Chamber...», *op. cit.*).

13. Au préalable, il convient toutefois de souligner trois aspects au moins par lesquels l'analyse de la Grande Chambre diffère de celle adoptée par la chambre.

Primo, la Grande Chambre a inversé l'ordre entre les deuxième et troisième éléments retenus par la chambre, ce qui semble donner un poids renforcé à l'argument tenant à la possibilité pour la victime d'agir directement contre les auteurs des commentaires. Nous y reviendrons.

Secundo, dans son examen des différents critères, la Cour a sensiblement revu sa motivation. D'une part, la Cour a renforcé son argumentation, notamment à propos de l'équilibre à atteindre entre les bénéfices de l'anonymat pour la liberté d'expression et la répression effective des abus commis sur l'Internet; d'autre part, la Grande Chambre a supprimé certains développements présents dans l'arrêt de chambre. On songe à cet égard à la circonstance que l'article et – par voie de conséquence, peut-on penser – les commentaires des internautes, se rattachaient à un débat d'intérêt général sur les choix opérés par une société commerciale et son dirigeant, et l'impact de ceux-ci sur les citoyens³⁰.

Tertio, et plus fondamentalement, dans son appréciation de la nécessité de l'ingérence, la Grande Chambre a redoublé de précautions pour circonscrire tant que possible la portée de son arrêt, en insistant, de façon peu lisible, sur certaines caractéristiques propres au cas d'espèce, ce qui témoigne à tout le moins d'un certain malaise vis-à-vis de la solution adoptée.

14. La Cour a donc pris soin de préciser que «l'affaire concerne les 'devoirs et responsabilités' [...] qui incombent aux portails d'actualités sur Internet lorsqu'ils fournissent à des fins commerciales une plateforme destinée à la publication de commentaires émanant d'internautes sur des informations précédemment publiées et que certains internautes – qu'ils soient identifiés ou anonymes – y déposent des propos clairement illicites portant atteinte aux droits de la personnalité de tiers et constituant un discours de haine et une incitation à la violence envers ces tiers» (§ 115). La portée de l'arrêt de la Grande Chambre semble donc limitée à une catégorie de discours et à une activité exercée par un acteur d'un type particulier.

De manière pour le moins étonnante à ce stade de la procédure, la Grande Chambre a ainsi souligné, pour la première fois, que les commentaires litigieux, «s'analysent au premier coup d'œil en une incitation à la haine ou à la violence contre [le plaignant]» (§ 114). C'est de façon quelque peu artificielle que la Cour de Strasbourg tend à rattacher cette nouvelle qualification à la simple considé-

³⁰ Voy. l'arrêt de chambre au § 86.

ration de la Cour d'État estonienne, selon laquelle les commentaires « portaient atteinte à la dignité humaine » et étaient « clairement illicites ». Un tel rattachement des propos à la catégorie du discours de haine ou de l'incitation à la violence n'est pas innocent, car il permettra à la Cour, plus loin dans son arrêt, de justifier sa position pour le moins sévère à l'égard de la société requérante. Comme on le verra (point 3, ci-dessous), cette qualification des commentaires litigieux justifiera aux yeux de la Cour la reconnaissance dans le chef du portail d'une responsabilité renforcée en termes de modération (§ 159) et sera utilisée par la majorité, sans convaincre toutefois, pour écarter l'argument du risque de l'introduction d'une censure privée par les intermédiaires (§ 157).

Les juges majoritaires souligneront même qu'à leurs yeux, « la majorité des commentaires litigieux étaient constitutifs d'un discours de haine ou d'une incitation à la violence et que, dès lors, ils n'étaient pas protégés par l'article 10 » (§ 140). La Cour laisse ainsi entendre, sans le dire expressément³¹, que si elle avait dû se prononcer sur la responsabilité des auteurs des commentaires litigieux, et non sur celle du portail à cet égard, elle n'aurait pas manqué de leur appliquer l'« effet couperet » attaché à l'article 17 de la Convention, sur la base duquel la Cour peut admettre que certains propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention soient privés de toute protection au titre de l'article 10³².

Par ailleurs, la Cour rappelle une nouvelle fois que les enseignements de l'arrêt *Delfi* doivent être limités à la situation d'« un grand portail d'actualités sur Internet exploité à titre professionnel et à des fins commerciales, qui publie des articles sur l'actualité rédigés par ses services et qui invite les lecteurs à les

³¹ Dans l'arrêt commenté, la Cour ne reprend cet enseignement que dans l'énoncé des principes généraux qui régissent l'examen de la nécessité de l'ingérence (§ 136).

³² Pour une illustration récente : Cour eur. dr. h., décision *M'bala M'bala c. France*, 20 octobre 2015. Saisie de propos négationnistes et antisémites tenus par l'humoriste Dieudonné lors d'un spectacle, la Cour rappelle qu'« un 'propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention' se voit soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10 » (§ 33). Comp. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015 (négarion du génocide arménien), où, rappelant que « l'article 17 ne s'applique qu'à titre exceptionnel et dans des hypothèses extrêmes » et que « dans les affaires relatives à l'article 10 de la Convention, il ne doit être employé que s'il est tout à fait clair que les propos incriminés visaient à faire dévier cette disposition de sa finalité réelle par un usage du droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires aux valeurs de la Convention », la Cour décide de joindre son appréciation relative à l'application de l'article 17 à l'examen du fond du grief soulevé par le requérant sous l'angle de l'article 10 (§§ 113-115). Au sujet de l'article 17 de la Convention, voy. notamment H. CANNIE et D. VOORHOOF, « The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, vol. 29/1, pp. 54-83; S. VAN DROOGHENBROEK, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? », *cette Revue*, 2001, pp. 541-565.

commenter» (§ 115). La Cour précise à cet égard que «la présente affaire ne concerne pas d'autres types de forums sur Internet susceptibles de publier des commentaires provenant d'internautes, par exemple les forums de discussion ou les sites de diffusion électronique, où les internautes peuvent exposer librement leurs idées sur n'importe quel sujet sans que la discussion ne soit canalisée par des interventions du responsable du forum, ou encore les plates-formes de médias sociaux où le fournisseur de la plate-forme ne produit aucun contenu et où le fournisseur de contenu peut être un particulier administrant un site ou un blog dans le cadre de ses loisirs».

Sans doute consciente des conséquences potentiellement néfastes de son arrêt, la Cour entend doublement en limiter la portée, en le rattachant expressément à une activité exercée par un acteur particulier agissant dans un but spécifique. D'une part, l'appréciation de la Cour porte sur une situation dans laquelle, selon elle, les internautes voient leur propre liberté d'expression «canalisée» par le gestionnaire d'un forum qui, à travers les articles rédigés par ses soins, propose les thèmes sur lesquels peut porter la discussion et exerce un certain contrôle sur les commentaires publiés. D'autre part, d'après la Cour, ses développements ne concernent que l'activité d'un (grand) portail d'actualités exploité professionnellement à des fins commerciales. La Cour insistera encore sur ce point lors de son appréciation du contexte dans lequel les commentaires avaient été postés par les internautes.

15. Cette double limitation, spécifique à l'arrêt de Grande Chambre, tente de répondre, quelque peu maladroitement, à l'observation formulée par certaines parties intervenantes ayant fait valoir que «d'un point de vue technologique, on ne peut pas distinguer les techniques et procédures de fonctionnement d'un forum de discussion sur les actualités en ligne tel que celui de Delfi de celles des services d'hébergement tels que les plates-formes de médias/de réseaux sociaux, les blogs/microblogs et les autres sites du même type», ajoutant qu'une position restrictive de la Cour ne manquerait pas d'entraîner des effets désastreux sur une foule de petits acteurs offrant des services similaires à ceux fournis par Delfi.

La double distinction effectuée par la Cour ne convainc pas. On n'aperçoit pas en quoi le fait de suggérer des sujets de discussion par le biais d'articles irréprochables en soi et dont l'intérêt général avait été expressément souligné par la chambre permet de justifier le basculement d'un portail d'informations dans un régime de responsabilité renforcée. À tout prendre, ne faut-il pas constater que certaines plates-formes de réseaux sociaux exercent également une forme de contrôle sur les propos publiés par les internautes, notamment à travers une politique des contenus, et mettent en avant certains messages envoyés par leurs utilisateurs?

Le critère économique retenu par la majorité ne manque pas non plus d'étonner. Comme le relèvent à juste titre les deux juges dissidents, Sajó et Tsotsoria, «on voit mal quelle peut être l'utilité de cette tentative de 'limiter les dégâts'». En effet, «la liberté d'expression ne peut être limitée aux loisirs» et «le bénéfice et la nature commerciale de l'entreprise de presse ne sont pas (et ne peuvent pas être) des raisons de réduire le niveau de protection accordé à la presse»³³. Ainsi que l'avait d'ailleurs préalablement reconnu la Cour de justice de l'Union européenne, «toute entreprise cherche un profit par son activité» et «un certain succès commercial peut même constituer la condition *sine qua non* de la subsistance d'un journalisme professionnel»³⁴. Si la marge d'appréciation reconnue aux États est plus large lorsque la liberté d'expression est exercée dans la sphère commerciale, son ampleur doit être relativisée lorsque se trouve en jeu, comme en l'espèce, la participation des citoyens à un débat d'intérêt général³⁵.

B. Les principaux éléments d'appréciation retenus par la Grande Chambre

16. Une fois rappelé le cadre limité dans lequel la Cour a entendu se prononcer, il convient à présent d'analyser plus en profondeur chacun des quatre éléments sur lesquels la Grande Chambre a pris appui pour admettre que l'ingérence dans la liberté d'expression du portail apparaissait bien «nécessaire dans une société démocratique». Il s'agit, pour rappel, du contexte des commentaires (1), de la responsabilité des auteurs des commentaires (2), des mesures prises par le portail en rapport avec les commentaires (3) et des conséquences de la procédure interne pour la société requérante (4).

On soulignera d'emblée la difficulté de lecture de l'arrêt en raison de la manière dont les différents éléments pris en considération par la Cour s'ajustent les uns aux autres. Il est malaisé de prédire comment la Cour pourrait trancher

³³ Respectivement aux §§ 9 et 29 de leur opinion dissidente commune.

³⁴ C.J.U.E., Gde Ch., *Tietosuoja ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16 décembre 2008, aff. C-73/07, § 59.

³⁵ Voy. l'opinion dissidente commune des juges Sajó et Tsotsoria (§ 28) qui citent Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, § 47. Voy., *a contrario*, pour un exemple d'exercice jugé purement commercial de la liberté d'expression sur le réseau, Cour eur. dr. h., arrêt *Ashby Donald c. France*, 10 janvier 2013, § 39.

une affaire similaire dans laquelle feraient défaut l'un ou plusieurs des éléments décrits³⁶.

1. Le contexte des commentaires

17. Dans son appréciation du contexte des commentaires, la Cour commence par rappeler que l'article sous lequel les internautes étaient invités à laisser un commentaire était en lui-même «équilibré», «exempt de termes injurieux» et que «nul n'a allégué au cours de la procédure interne qu'il contînt des déclarations illicites» (§ 144). Toutefois, pour la haute juridiction, même un «article équilibré sur un sujet apparemment neutre» peut donner naissance à des «débats enflammés sur internet» (§ 144).

Ensuite, la Cour rappelle une énième fois que le portail litigieux était «exploité à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale» (§ 144). Elle se montre particulièrement attentive à l'intérêt économique que poursuivait le portail dont elle expose le *business model*, préalablement décrit par la Cour d'État. Elle relève ainsi que, dans la zone de commentaires située sur la page où les articles d'actualités étaient publiés, la société appelait les lecteurs à commenter lesdits articles, que le nombre de commentaires publiés conditionnait le nombre de visites du portail, lequel conditionnait à son tour les revenus publicitaires auxquels pouvait prétendre la société requérante.

Enfin, la Cour énonce plusieurs éléments qui, selon elle, conféraient à la société Delfi un «contrôle important» sur les commentaires des internautes. Elle relève que la charte des commentaires élaborée par la société interdisait non seulement le dépôt de certaines catégories de commentaires illégaux, mais également les «commentaires sans fondement et/ou hors sujet». De tels com-

³⁶ Voy., pour une première réponse, le récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Magyar Tartalomsgálgatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, 2 février 2016, dans lequel la Cour a pris soin de souligner que cette nouvelle affaire différait par au moins deux aspects importants de l'affaire *Delfi*. En l'espèce, les commentaires ne relevaient pas du discours de haine ou d'incitation à la violence et l'un des requérants ne poursuivait pas de but commercial. Dans son opinion concordante, le juge Kūris a souligné que la portée de ce nouvel arrêt était, comme l'arrêt *Delfi*, limitée aux circonstances de l'espèce (point 4). D'autres affaires à venir devraient permettre à la Cour d'affiner sa jurisprudence en la matière. Voy. notamment à cet égard, *Jezior c. Pologne*, requête n° 31955/11, communiquée le 24 septembre 2012, par laquelle un blogueur, conseiller communal, se plaint de sa condamnation pour avoir diffusé, par l'entremise de son blog, le commentaire d'un tiers attentatoire à la réputation du maire, en période électorale; *Buda c. Pologne*, requête n° 38940/13, communiquée le 19 janvier 2015, par laquelle un utilisateur de forum se plaint, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, des insultes formulées à son encontre par d'autres participants et d'un défaut de modération suffisant de la part des responsables du forum.

mentaires pouvaient être supprimés et leurs auteurs pouvaient se voir privés de la possibilité d'en laisser d'autres. La Cour met également en évidence que les auteurs des commentaires perdaient la maîtrise sur leurs commentaires une fois ces derniers publiés.

Pour les juges européens, la Cour d'État estonienne pouvait dès lors raisonnablement considérer que le rôle joué par Delfi dans la publication des commentaires «avait dépassé celui d'un prestataire passif de services purement techniques» (§ 146).

2. La responsabilité des auteurs des commentaires

18. La Cour s'est montrée attentive à l'argument soulevé par la société requérante, qui faisait valoir que, si elle avait bénéficié d'une exonération de responsabilité, la victime aurait pu assigner en justice les auteurs des commentaires litigieux sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause sa propre responsabilité. Pour apprécier la pertinence de l'argument, la haute juridiction devait toutefois analyser l'existence d'une possibilité effective pour la victime de rechercher la responsabilité des auteurs des propos incriminés. Or, l'une des particularités du cas d'espèce était que la société requérante n'obligeait pas les internautes à s'inscrire préalablement avant de pouvoir poster des commentaires, la plupart de ceux-ci étant publiés sous un pseudonyme (§ 12). Se trouvait donc posée, de manière incidente, la question de la portée et des limites de l'anonymat sur la Toile.

À cet égard, la Cour commence par souligner de manière générale, sans toutefois s'y attarder, les bienfaits de l'anonymat pour l'exercice de la liberté d'expression³⁷, lesquels valent également sur l'Internet. Toutefois, la haute juridiction semble surtout concevoir l'anonymat comme un facteur de nature à entraîner la diffusion de propos illicites sur la Toile, facteur qui se cumule à «la facilité, l'ampleur et la vitesse avec lesquelles les informations sont diffusées

³⁷ Dans un célèbre arrêt *Mc Intyre c. Ohio*, 514 US 334 (1995), 93 – 986, la Cour suprême des États-Unis a souligné différents bienfaits de l'anonymat pour justifier la reconnaissance d'un droit à l'expression anonyme déduit du premier amendement à la Constitution américaine. Pour la haute juridiction américaine, le fait de voir entrer des travaux anonymes dans le libre marché des idées surpasse un quelconque intérêt public qui imposerait la révélation de l'identité des auteurs en condition d'entrée audit marché. Or, un auteur pourrait être dissuadé de s'exprimer sous sa véritable identité, en craignant avec raison de subir des représailles (économiques, officielles ou sociales) ou simplement par souci de protéger sa vie privée. L'anonymat permet également d'éviter que des idées exprimées ne soient discréditées sur la base de l'identité de leur auteur. Enfin, le fait de révéler ou de ne pas révéler son identité est protégé comme pourraient l'être d'autres formes d'ajouts ou d'omissions dans le contenu de l'expression.

sur l'Internet, et leur caractère persistant après leur publication sur ce média», caractéristiques qui, selon elle, «peuvent aggraver considérablement les effets des propos illicites circulant sur Internet par rapport à ceux diffusés dans les médias classiques» (§ 147).

Le «droit à l'anonymat» fait l'objet d'une attention renforcée dans le contexte de l'Internet³⁸. Dans sa «Déclaration sur la liberté de communication sur l'Internet», adoptée en 2003, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe avait déjà indiqué qu'«afin d'assurer une protection contre les surveillances en ligne et de favoriser l'expression libre d'informations et d'idées, les États membres devraient respecter la volonté des usagers de l'Internet de ne pas révéler leur identité» (principe 7). Dans un récent rapport, présenté devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, quelques semaines avant le prononcé de l'arrêt *Delfi*, le rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression a abouti à la conclusion que «le chiffrement et l'anonymat permettent aux personnes d'exercer leur droit à la liberté d'opinion et d'expression à l'ère du numérique et qu'ils méritent à ce titre, une solide protection»³⁹. On comprend néanmoins que le droit à l'anonymat ne peut se concevoir comme un droit absolu.

19. La Cour européenne elle-même avait déjà affirmé, dans un arrêt *K. U. c. Finlande*, que «même si la liberté d'expression et la confidentialité des communications sont des préoccupations primordiales et si les utilisateurs des télécommunications et des services Internet doivent avoir la garantie que leur intimité et leur liberté d'expression seront respectées, cette garantie ne peut être absolue, et elle doit parfois s'effacer devant d'autres impératifs légitimes tels que la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui»⁴⁰.

³⁸ Sur cette question du droit à l'anonymat, en particulier dans le contexte des nouvelles technologies, voy. D. VOORHOOF, «Internet and the right of anonymity», in J. Surculija (éd.), *Proceedings of the conference Regulating the Internet*, Center for Internet Development, Belgrade, 2010, pp. 163-173.

³⁹ D. KAYE, rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, A/HRC/29/32, 22 mai 2015. Dans ce rapport, le rapporteur spécial avait fait part de son scepticisme à l'égard de l'arrêt de chambre rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Delfi*, en soulignant que l'attribution aux intermédiaires de la responsabilité pour des déclarations diffamatoires anonymes «risque d'aboutir soit à la mise en place de politiques d'enregistrement des utilisateurs sous leur nom véritable, ce qui nuirait à l'anonymat, soit à l'élimination pure et simple des commentaires sur les sites Web qui n'ont pas les moyens d'appliquer les procédures de modération, au détriment des petits médias indépendants» (§ 54).

⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *K. U. c. Finlande*, 2 décembre 2008, § 49.

C'est à l'aune de ces principes que la Cour s'est interrogée, en l'espèce, sur la possibilité qu'avait la victime de voir établie l'identité des auteurs des commentaires litigieux dans le cadre d'une procédure civile en vue, le cas échéant, de permettre la condamnation desdits auteurs en lieu et place de la société gestionnaire du portail. Le souci de la Cour de veiller à ce que toute victime de propos illicites ne reste pas sans recours est louable. On regrettera cependant, d'une part, qu'ici aussi, les juges européens n'aient pas davantage approfondi l'analyse sur la possibilité d'identifier les auteurs des commentaires par d'autres biais que par leur enregistrement préalable sur le portail, d'autre part, qu'ils n'aient pas précisé le degré d'identification des utilisateurs que l'on aurait pu légitimement attendre de la part de la société requérante en l'espèce.

Sur la base des informations transmises par les parties, la Cour a ainsi considéré que la procédure d'identification au moyen des adresses IP avec le concours des fournisseurs d'accès à l'Internet n'entraînait que des «résultats inégaux» (§ 151). Constatant que le droit national permettait à la victime d'engager une action contre la société requérante ou contre les auteurs des commentaires, la Cour a renvoyé Delfi à ses responsabilités quant au choix posé par cette dernière de ne pas mettre en place d'instruments qui auraient permis d'identifier les auteurs des commentaires. La majorité est cependant restée en défaut de préciser à cet égard quelles précautions auraient permis à Delfi de s'exonérer de toute responsabilité, dans la mesure où, comme la Cour semble l'admettre elle-même, différents degrés d'anonymat sont possibles, en fonction notamment du niveau de vérification des coordonnées de l'utilisateur par le prestataire de services (§ 148).

20. Dans une affaire *Jersild c. Danemark*, et dans plusieurs affaires subséquentes, la Cour avait déclaré que seules des «raisons particulièrement sérieuses» permettaient de justifier que la presse puisse être sanctionnée pour avoir aidé à la diffusion de déclarations émanant de tiers sur des sujets d'intérêt général⁴¹. Toutefois, dans ces précédents, le tiers en question était identifiable et des poursuites avaient pu ou pouvaient être engagées à son encontre. Si la presse prend le risque de s'appuyer sur des témoignages anonymes, elle en assume la pleine responsabilité, à défaut pour une victime potentielle de pou-

⁴¹ Voy., parmi de nombreux autres, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt du 23 septembre 1994, § 35; arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 62, et dans le contexte de propos tirés d'un site internet, arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, § 61. Pour d'autres références, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Larcier, Bruxelles, 2015, pp. 365-366, n° 277.

voir agir efficacement contre l'auteur direct des propos⁴². La Cour a également admis que les journalistes ne peuvent se retrancher derrière la protection due aux sources journalistiques pour échapper à leur obligation de démontrer que leurs allégations reposent sur une base factuelle suffisante⁴³. Tel est du reste l'esprit de la responsabilité en cascade consacrée à l'article 25 de la Constitution belge qui, en prévoyant que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, permet à la presse de «couvrir» un auteur anonyme, en assumant toutefois la responsabilité découlant des propos tenus par ce dernier⁴⁴.

La jurisprudence ultérieure de la Cour de Strasbourg semble également concevoir une forme de responsabilité des gestionnaires de sites web à défaut d'identification des contributeurs anonymes. Ainsi, dans une décision *Kucharczyk c. Pologne* du 24 novembre 2015⁴⁵, tout d'abord, la Cour rejette la requête, fondée sur l'article 8 de la Convention, d'un avocat qui reprochait aux instances nationales d'être restées en défaut d'identifier les utilisateurs d'un site sur lequel ces derniers avaient émis des critiques sur sa pratique professionnelle. Comme dans l'affaire *Delfi*, les contributeurs externes n'étaient pas obligés de s'enregistrer préalablement sur le site, ce qui en l'espèce avait empêché le requérant d'agir au pénal contre lesdits contributeurs. La Cour n'a pas pour autant conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, au motif notamment que s'il était parvenu à démontrer que les propos étaient diffamatoires, il aurait été loisible au requérant d'introduire une action civile contre l'administrateur du portail notamment pour obtenir réparation⁴⁶. Ensuite, dans un récent arrêt *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, rendu le 2 février 2016, la Cour s'est bornée à relever l'absence totale d'examen par les juridictions nationales sur la possibilité d'identifier les auteurs des commentaires litigieux, sur les conditions auxquelles était soumis l'envoi de commentaire et sur l'existence éventuelle d'un système d'enregistrement des internautes (§ 78).

Par la référence faite dans l'arrêt *Delfi* (§ 151) à son précédent arrêt *Krone Verlags GmbH & Co KG c. Autriche (n° 4)*⁴⁷, la Cour peut toutefois laisser

⁴² Voy., à cet égard, Cour eur. dr. h., arrêt *Print Zeitungsverlag GmbH c. Autriche*, 10 octobre 2013, spéc. § 39, cité par le juge Zupančič dans son opinion concordante (publication d'une lettre anonyme).

⁴³ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, § 106. Pour d'autres développements et références, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse...*, op. cit., p. 663, n° 517.

⁴⁴ Voy. Q. VAN ENIS, *ibid.*, p. 358, n° 271 et les références citées.

⁴⁵ Cour eur. dr. h., comité.

⁴⁶ Spéc. § 40.

⁴⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Krone Verlags GmbH & Co KG c. Autriche (n° 4)*, 9 novembre 2006, § 32.

penser que, quand bien même la société requérante aurait pris toutes les dispositions nécessaires pour identifier les auteurs des commentaires, le fait d'engager sa responsabilité n'aurait en tout état de cause pas enfreint l'article 10 de la Convention, dans la mesure où «faire peser sur l'entreprise de médias – dont la situation financière est généralement meilleure que celle de l'auteur des propos diffamatoires – le risque de devoir verser une réparation à la personne diffamée ne [constitue] pas en soi une ingérence disproportionnée dans l'exercice par pareille entreprise de sa liberté d'expression».

3. Les mesures adoptées par la société requérante à l'égard des commentaires

21. Au-delà de l'absence d'obligation d'enregistrement des utilisateurs désireux de commenter les articles publiés sur le portail, la Cour s'est intéressée aux mesures prises par la société requérante à l'égard des commentaires litigieux.

La haute juridiction reconnaît que Delfi avait pris «certaines mesures» (§ 155) et que «l'on ne peut pas dire que la société requérante ait totalement négligé son obligation de faire en sorte de ne pas porter atteinte à autrui» (§ 156). On retrouvait ainsi sur le portail ce que la Cour qualifie de clause limitative de responsabilité tendant à conscientiser les auteurs des commentaires sur leur responsabilité et avertissant qu'il était interdit, notamment, de déposer des commentaires illécites. Le portail comportait un mécanisme de suppression automatique de commentaires repérés à partir de la racine de certaines expressions insultantes, ainsi qu'un système de retrait sur notification permettant à toute personne de signaler des messages inappropriés aux administrateurs par le biais d'un simple clic sur un bouton *ad hoc*. Enfin, il pouvait arriver que les administrateurs retirent de leur propre initiative des commentaires jugés inappropriés.

In casu, c'était sur notification des avocats de la personne visée que la requérante avait retiré, le jour même, les commentaires litigieux, environ six semaines après leur mise en ligne. Cette prompte réaction, qui aurait sans doute été suffisante au regard du régime d'exonération de responsabilité prévu par la directive 2000/31 (*supra*, n° 6), n'a pas empêché la mise en cause de la responsabilité civile de Delfi par les juridictions nationales.

Partant du principe que «les éditeurs du portail ne devaient avoir aucun mal à repérer les endroits où avaient lieu les échanges les plus animés» (§ 152), dans la mesure où le nombre de commentaires était affiché à côté de chaque article, la Cour a souligné qu'en l'espèce le nombre important de commentaires (plus important que la moyenne) généré par l'article aurait dû attirer l'attention des administrateurs du site.

À cet égard, la Cour de Strasbourg relève que la Cour d'État estonienne avait exprimé dans son arrêt que la société requérante «[...] aurait dû empêcher la publication de commentaires clairement illicites de par leur teneur»⁴⁸, tout en déclarant que, «une fois les commentaires publiés, [et alors qu'elle] aurait dû être consciente de leur teneur illicite, [elle] ne les [avait] pas retirés du portail de sa propre initiative». Au terme d'une lecture pour le moins conciliante des motifs exprimés par la Cour d'État estonienne, ou d'après elle au bénéfice du doute, la Cour européenne a validé ce raisonnement, considérant qu'il ne pouvait être jugé disproportionné d'imposer à Delfi, qui exerçait un «contrôle important sur les commentaires publiés sur son portail», «une obligation de retirer de son site web, sans délai après leur publication, des commentaires constitutifs d'un discours de haine et d'incitation à la violence, dont on pouvait comprendre au premier coup d'œil qu'ils étaient clairement illicites» (§ 153).

22. Aux yeux de la Cour, l'obligation faite à un grand portail d'actualités «de prendre des mesures efficaces pour limiter la propagation de propos relevant du discours de haine ou appelant à la violence [...] ne peut en aucun cas être assimilée à de la 'censure privée'» (§ 157)⁴⁹. La Cour ne semble d'ailleurs pas nécessairement voir d'un mauvais œil le risque de suppression pure et simple de ce genre d'espaces de discussion, lorsqu'elle affirme qu'en tout état de cause «tout un chacun dispose de multiples possibilités pour faire entendre sa voix sur Internet» (§ 157). L'argument de la disponibilité de moyens alternatifs⁵⁰, qui n'est pas inédit dans la jurisprudence de la Cour⁵¹, est dangereux, dans la mesure où il présuppose que ces moyens sont et resteront accessibles et qu'ils présentent une efficacité comparable⁵². Or, précisément dans son arrêt *Delfi*, la Cour peine à exposer les raisons qui justifient que la solution déga-

⁴⁸ Arrêt *Delfi*, § 153. Nous soulignons.

⁴⁹ Sur les dangers inhérents à une forme de délégation de la censure à des entreprises privées, voy. l'opinion dissidente commune aux juges Sajó et Tsotsoria, §§ 1-3 et l'annexe. Voy. aussi Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse...*, op. cit., pp. 348-399 et, dans le contexte de l'Internet, *ibid.*, «Le droit de recevoir des informations ou des idées par le biais de l'internet: parent pauvre de la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen», *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 185-196, §§ 10-16.

⁵⁰ Pour une analyse plus détaillée de cet argument, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse...*, op. cit., p. 324, n° 249.

⁵¹ Voy. dans le contexte des nouvelles technologies, Cour eur. dr. h., décision *Akdeniz c. Turquie*, 11 mars 2014.

⁵² En ce sens, voy., dans le contexte de l'internet, Cour eur. dr. h., arrêt *Cengiz e.a. c. Turquie*, dans lequel la Cour admet que la plate-forme de partage de vidéos YouTube «était unique compte tenu de ses caractéristiques, de son niveau d'accessibilité et surtout de son impact potentiel, et qu'il n'existait, pour les requérants, aucun équivalent» (§ 52); arrêt *Kalda c. Estonie*, 19 janvier 2016, spéc. §§ 50-52, à propos des avantages offerts par la consultation de sites internet actualisés en comparaison avec l'octroi d'informations par le biais de requêtes spécifiques adressées aux autorités.

gée dans le cadre de cette affaire ne pourrait pas être appliquée dans d'autres contextes (voy. *supra*, n^{os} 14 et 15).

La lecture de la position de la majorité, cumulée à celle exprimée dans l'opinion concordante commune aux juges Raimondi, Karakas, De Gaetano et Kjølbrog, laisse apparaître que le fait d'exiger que soit *empêchée* en amont la publication de commentaires illicites aurait sans doute constitué une «charge excessive» pour un portail comme Delfi (point 6), ce qui l'aurait concrètement obligé à mettre en place «un système de contrôle préalable» (point 6). Il est vrai que dans l'affaire *Netlog c. Sabam*, tranchée par la Cour de justice de l'Union européenne⁵³, le principe d'un filtrage préventif généralisé par le gestionnaire d'une plate-forme de réseau social (considéré comme un «fournisseur d'hébergement») avait été clairement écarté.

23. Dans l'espèce commentée, la Cour de Strasbourg observe que «le filtre automatique basé sur certains mots n'a pas permis de bloquer les propos odieux relevant du discours de haine ou de l'incitation à la violence déposés par les lecteurs et a ainsi limité la capacité de la société requérante à les retirer rapidement» (§ 156). Elle considère qu'en l'espèce, «la majorité des mots et des expressions contenus dans ces commentaires n'étaient pas des métaphores sophistiquées, des tournures ayant un sens caché ou des menaces subtiles» et que «les propos en cause étaient des expressions manifestes de haine et des menaces flagrantes à l'intégrité physique [du plaignant]» (§ 156).

Cependant, dans son arrêt *Delfi*, la Grande Chambre reste en défaut d'indiquer quelle technique de filtrage plus adaptée aurait pu être mise en œuvre par la société requérante, s'en tenant à une sorte de responsabilité objective, déduite de l'absence de résultat dans les circonstances de l'espèce⁵⁴. On voit mal comment, techniquement parlant, et à défaut d'analyse quant à la disponibilité d'un système de filtrage approprié, des commentaires pourraient être retirés *sans délai*, immédiatement après leur publication, sans connaissance effective de leur existence, à moins d'exiger de l'intermédiaire une surveillance de tous les instants sur les commentaires publiés⁵⁵, ce que la majorité semble pourtant (à juste titre!) concevoir comme une restriction non nécessaire du droit à la liberté d'expression de la société requérante (§ 153).

24. Nous ne pensons pas que l'opération de qualification d'un propos comme discours de haine ou discours incitant à la violence puisse être aussi automatique que semble vouloir l'admettre la majorité. On rappellera ainsi

⁵³ C.J.U.E., 3^e ch., *Sabam c. Netlog*, 16 février 2012, aff. C-360/10.

⁵⁴ Voy., en ce sens, l'opinion dissidente commune aux juges Sajó et Tsotsoria, § 36.

⁵⁵ *Ibid.*, § 35.

que seule la Grande Chambre a semblé considérer que les propos en cause relevaient à l'évidence de cette catégorie de discours. Or, un tel exercice de qualification suppose une appréciation approfondie de la volonté de l'auteur⁵⁶ et de l'ensemble des circonstances pertinentes de la cause⁵⁷, ce qui constitue une tâche délicate, même pour des juges rompus à l'exercice, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour à ce sujet⁵⁸, ainsi que les nombreuses opinions séparées formulées par les juges amenés à statuer en ce domaine et, souvent, les faibles majorités auxquelles les arrêts ont été adoptés⁵⁹.

Il est donc étonnant qu'*in fine*, l'application d'un régime particulier de responsabilité, requérant une vérification systématique des commentaires postés par les internautes, puisse dépendre de la présence, encore inconnue par définition, de propos haineux ou incitant à la violence, dont la portée est toujours d'appréciation délicate. Or, telle est bien l'opinion de la majorité, lorsque cette dernière admet qu'«accompagné de procédures efficaces permettant une réaction rapide, [le système de retrait sur notification] peut [...] constituer *dans bien des cas* un outil approprié de mise en balance des droits et intérêts de tous les intéressés», en réservant l'hypothèse, qu'elle juge rencontrée en l'espèce, «où les commentaires déposés par des tiers se présentent sous la forme d'un discours de haine et de menaces directes à l'intégrité d'une personne [...]»⁶⁰.

Un arrêt subséquent, dans lequel la Cour de Strasbourg conclut à la violation de la liberté d'expression de deux portails, confirme que la solution adoptée dans l'arrêt *Delfi* est propre à la diffusion de commentaires incitant

⁵⁶ Sur la distinction entre l'expression d'une opinion et l'incitation à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence, voy. C. const., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, spécialement B.67.2. à B.67.5.

⁵⁷ Dans un récent arrêt, la Cour de cassation de Belgique, se limitant à un contrôle marginal, a pu se rallier à l'appréciation des juges d'appel, qui s'étaient montrés attentifs au *contexte* des messages pour conclure à l'existence d'une intention d'inciter à la discrimination dans le chef de leur auteur (Cass., 2^e ch., 29 octobre 2013, *T. Straf.*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK; *J.T.*, 2014, note Q. VAN ENIS).

⁵⁸ Voy., à titre d'exemples, les résultats différents auxquels la Cour a abouti dans les récentes affaires précitées *Perincek c. Suisse* (arrêt de Grande Chambre du 15 octobre 2015) et *M'bala M'bala c. France* (décision du 20 octobre 2015). Pour un aperçu global de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de discours de haine, voy. Fr. TULKENS, «When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights», in J. Casadevall, E. Myjer, M. O'Boyle et A. Austin (éd.), *Freedom of Expression – Essays in honour of Nicolas Bratza*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2012, pp. 279-295.

⁵⁹ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, précité; arrêt *Vejde-land e.a. c. Suède*, 9 février 2012; arrêt *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009; Gde Ch., arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et Joly c. France*, 22 octobre 2007; arrêt *I.A. c. Turquie*, 13 septembre 2005.

⁶⁰ § 159. Nous soulignons.

à la haine ou à la violence et ne concerne pas la responsabilité des portails d'information à raison de l'ensemble des commentaires injurieux⁶¹. Dans cet arrêt, la Cour rappelle expressément que dans bien des situations, dont celle sur laquelle elle est amenée à se prononcer, une procédure de retrait sur notification peut s'avérer suffisante.

25. La limitation de la solution dégagée dans l'arrêt *Delfi* aux seuls commentaires haineux ou incitant à la violence n'emporte pas notre adhésion. L'arrêt n'exclut malheureusement pas le danger que, pour éviter le risque de responsabilité, les sites de presse en ligne suppriment purement et simplement la possibilité de commenter des articles, limitent sérieusement les sujets sur lesquels les internautes peuvent être amenés à réagir, ou encore retirent rapidement des messages parfaitement légaux par crainte d'une sanction⁶².

La majorité considère qu'«il est plus difficile pour une victime potentielle de propos constitutifs de discours de haine de surveiller continuellement l'Internet que pour un grand portail d'actualité commercial en ligne d'empêcher la publication de pareils propos ou de retirer rapidement ceux déjà publiés» (§ 158), en omettant toutefois de souligner l'absence totale de réactivité du plaignant et de son entreprise à propos de la mise en cause de leur responsabilité dans le cadre de leur activité économique⁶³. Il reste difficilement compréhensible que le plaignant, attaqué dans sa réputation professionnelle, ait pu ignorer durant six semaines l'existence de l'article litigieux et des nombreux commentaires que ce dernier avait suscités. À titre de comparaison, dans une affaire ultérieure déjà évoquée, la Cour a estimé que l'attitude du plaignant quant aux commentaires pouvait jouer en sa défaveur; elle souligne qu'en l'espèce, la société plaignante n'avait pas pris la peine de signaler les commentaires injurieux avant d'introduire son action en réparation contre les sociétés requérantes, gestionnaires de deux portails d'information en Hongrie⁶⁴.

Se livrant étonnamment pour la première fois à un exercice de généralisation dépassant le cas d'espèce, la Cour ajoute que, s'agissant d'un discours de haine ou incitant à la violence, il pourrait «ne pas y avoir de victime indivi-

⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Magyar Tartalomsgéltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, précité, spéc. §§ 63, 64, 70 et 91. Voy. également l'opinion concordante du juge Kūris formulée à l'occasion de cette dernière affaire, dans laquelle celui-ci exprime l'idée qu'il ne faut dès lors pas voir dans ce nouvel arrêt un écart par rapport aux principes dégagés dans l'affaire *Delfi* (§ 2).

⁶² En ce sens, voy. Q. VAN ENIS et P.-F. DOQUIR, «Un grand coup de froid pour la liberté d'expression en ligne», *op. cit.*

⁶³ Voy. l'opinion dissidente commune des juges Sajó et Tsotsoria, § 36, note 21.

⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Magyar Tartalomsgéltatók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, précité, § 83.

duelle identifiable, par exemple dans certains cas de discours de haine visant un groupe de personnes ou d'un discours incitant directement à la violence» (§ 158). L'argument ne convainc pas, quand on connaît l'approche large de la Cour européenne à propos de la qualité de victime des membres individuels du groupe visé par de tels propos⁶⁵. Il existe dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe des associations chargées de défendre les intérêts des communautés visées par des propos incitant à la haine et à la violence⁶⁶. En tout état de cause, et comme l'ont bien soulevé les juges dissidents, il est piquant de voir la Cour considérer l'ingérence à la lumière d'un objectif d'intérêt général, alors qu'il n'apparaît pas qu'en l'espèce, une action pénale ait été engagée contre les auteurs des commentaires⁶⁷.

4. Les conséquences de l'ingérence pour la société gestionnaire du portail

26. Le dernier élément pris en considération par la Cour afin de conclure au caractère non disproportionné de l'ingérence litigieuse consistait dans les conséquences apparemment limitées qu'a entraînées la condamnation du portail sur l'exercice de ses activités. À l'instar de la chambre, la Grande Chambre a considéré que la condamnation de la société requérante à payer à la personne lésée une somme de 320 EUR ne peut s'apparenter à une sanction disproportionnée, rappelant, une énième fois, à cet égard que le portail exploité à titre professionnel par Delfi était l'un des plus grands en Estonie.

La Cour a également pris en considération l'issue qu'ont connue les nouvelles affaires similaires tranchées en Estonie après l'affaire *Delfi*, observant que les juridictions inférieures n'ont plus octroyé aux victimes des dommages et intérêts pour préjudice moral, se bornant à enjoindre aux portails de retirer les commentaires litigieux (§ 160).

Outre que cette appréciation générale cadre mal avec la volonté affichée par la Cour de limiter son appréciation au cas d'espèce, cet élément peut surprendre quand on sait que la haute juridiction a souvent souligné dans sa jurisprudence que le principe même d'une condamnation l'emporte en règle sur la sanction concrète prononcée à l'égard de celui qui use de sa liberté d'expres-

⁶⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, §§ 50-54 (à propos de la qualité de victime d'un membre d'une communauté visée par des préjugés raciaux).

⁶⁶ On songe en Belgique à Unia, Centre interfédéral pour l'égalité des chances, qui dispose du droit d'ester en justice devant les cours et tribunaux dans le cadre de ses missions légales.

⁶⁷ Opinion dissidente commune aux juges Sajó et Tsotsoria, § 14 et la référence à l'arrêt *Stoll c. Suisse*, Gde Ch., 10 décembre 2007, §§ 54-56, où la Cour avait refusé de considérer l'ingérence à la lumière de l'intérêt général à la protection de la sécurité nationale dans la mesure où aucune action pénale n'avait été engagée contre le requérant pour ce motif.

sion⁶⁸. Dans une nouvelle affaire tranchée par la Cour de Strasbourg concernant deux portails d'informations relativement aux commentaires publiés par des internautes, la Cour a d'ailleurs pu conclure à la violation de l'article 10 de la Convention, alors qu'aucune indemnisation n'avait été allouée à la société plaignante par les juridictions internes, lesquelles s'étaient bornées à déclarer les requérants responsables et à leur imposer de payer les frais de justice de la partie adverse, en ce compris ses frais de représentation en justice⁶⁹. Dans ce nouvel arrêt, la Cour a considéré qu'une telle condamnation n'en a pas moins emporté un important effet dissuasif sur les portails internet qui pourraient être tentés de fermer les espaces de commentaires offerts aux internautes. Aux yeux de la Cour, il en va spécialement ainsi pour un portail non commercial, comme l'était l'un des requérants dans cette nouvelle affaire (§ 86).

27. La haute juridiction observe que, dans ces nouvelles affaires, les juges estoniens n'ont pas octroyé de dommages et intérêts aux plaignants et se sont limités à enjoindre aux portails concernés de retirer les commentaires injurieux. En pratique, tel que décrit par la Cour, le régime qui semble désormais prévaloir en Estonie et qui se solde, après l'introduction d'une action judiciaire, par une simple obligation de retrait prononcée à l'égard des gestionnaires de portails d'actualités, tend assez paradoxalement à démontrer qu'un système de retrait sur notification constitue un régime adéquat pour modérer les espaces de discussion comme celui qui était en cause dans l'affaire *Delfi*.

La Cour note, enfin, que la société requérante n'a pas été forcée de changer son modèle d'entreprise après la procédure interne. Le portail, qui accueille encore des commentaires anonymes, est resté « l'une des plus grandes publications sur Internet d'Estonie, et de loin le plus populaire pour ce qui est du dépôt de commentaires, dont le nombre n'a cessé d'augmenter ». La Cour refuse donc de considérer la condamnation de la société requérante disproportionnée « pour cette raison » (§ 161).

Au surplus, dans l'affaire *Delfi*, la Cour ne s'est aucunement intéressée aux conséquences concrètes des commentaires pour la société plaignante et son dirigeant. Au contraire, dans une récente affaire déjà évoquée dirigée contre la Hongrie, la Cour a pris la peine, dans le conflit de droits entre la liberté d'expression et la protection de la réputation, de tenir compte dans son examen de

⁶⁸ Voy., par exemple, à propos d'une condamnation au versement d'un euro symbolique, Cour eur. dr. h., arrêt *Brasiliér c. France*, 11 avril 2006, § 43 et arrêt *Mor c. France*, 15 décembre 2011, § 61. Pour des développements plus approfondis et d'autres références, voy. Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse...*, op. cit., pp. 463-466, n°s 366-367.

⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie*, précité, § 86.

l'ampleur des conséquences (négatives) des commentaires sur la situation du plaignant⁷⁰.

Conclusion

28. Comme nous le relevions au seuil de notre étude (*supra*, n° 3), cinq éléments, repris en conclusion de l'arrêt (§ 162), semblent avoir pesé particulièrement dans l'appréciation de la Cour.

Elle a fait grand cas du fait que le portail d'actualités est exploité par la société Delfi à titre professionnel dans le cadre d'une activité commerciale. Il se déduit de ce véritable leitmotiv que l'exonération pour l'activité d'hébergement de commentaires postés par des tiers serait réservée à des prestataires amateurs et bénévoles. Outre qu'elle est en contradiction flagrante avec la directive 2000/31, pareille interprétation revient à limiter aux «loisirs» la liberté d'expression et à réduire le niveau de protection accordée à la presse professionnelle.

La Cour pointe par ailleurs l'insuffisance des mesures prises par Delfi (filtre automatique basé sur des mots clés, système de retrait sur notification...) pour retirer sans délai les commentaires constitutifs d'un discours de haine ou d'incitation à la violence. À défaut d'indiquer quelle forme de filtrage eût été plus appropriée, on peut craindre qu'elle cautionne implicitement l'exigence de mesures de contrôle préalables, incompatibles avec le principe – commun aux deux Europe – d'interdiction des obligations générales et actives de surveillance.

Ces seuls deux points montrent déjà qu'un examen plus poussé de la légalité de l'ingérence eût été souhaitable, tant il est vrai que l'interprétation donnée par les juridictions estoniennes au droit applicable en l'espèce paraît peu conforme à deux principes majeurs, affirmés et par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe, afin de garantir une protection de la liberté d'expression dans la société de l'information.

29. La solution dégagée par la Cour semble devoir être limitée aux commentaires haineux ou incitant à la violence, comme l'atteste un arrêt ultérieur rendu par la haute juridiction. À défaut de pouvoir qualifier des propos comme tels sans une analyse approfondie de la volonté de leur auteur, on comprend mal qu'ils justifient un régime particulier de responsabilité exigeant la mise en

⁷⁰ *Ibid.*, §§ 84-85.

place d'outils aptes à identifier et éliminer sans délai de tels propos. On devine aisément les effets pervers de pareille solution sur la liberté d'expression (suppression ou limitation de la possibilité de commenter les articles, retrait de commentaires licites par crainte d'une sanction...).

30. Le caractère modéré de la sanction imposée au portail d'actualités par la Cour d'État estonienne a également été relevé par la Cour pour considérer que l'ingérence critiquée n'était pas disproportionnée. Cet argument contraste avec la jurisprudence de la Cour qui, en d'autres affaires, s'est montrée sensible au principe même d'une condamnation (indépendamment de la nature ou de l'importance de la sanction) et à son potentiel effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression.

31. En l'absence d'enregistrement obligatoire des personnes souhaitant commenter les articles, la circonstance que *la victime était pratiquement privée de recours contre les contributeurs anonymes* est sans doute le plus puissant motif pris en considération par la Cour pour valider la mise en cause de la responsabilité du portail. Toutefois, ici aussi, l'argumentation de la Cour laisse perplexe. Tout en soulignant les bienfaits de l'anonymat pour l'exercice de la liberté d'expression, elle ne suggère pas moins que, quelles qu'aient été les mesures adoptées par le portail pour permettre l'identification des contributeurs, la condamnation de celui-ci n'aurait de toute façon pas été regardée comme une violation de l'article 10 de la Convention. On regrette aussi que la Cour n'ait pas davantage précisé les obligations minimales du portail sur le terrain de l'identification, ni exploré d'autres voies qui auraient permis, le cas échéant, d'identifier les auteurs de commentaires.

32. Au total, l'affaire *Delfi c. Estonie* se solde par un arrêt long et tortueux, qui laisse transparaître l'embarras de la Cour. Parmi les (trop) nombreux éléments discutés, aucun n'apparaît réellement convaincant et l'on peine à dégager une ligne claire quant au sort des gestionnaires de portails et de forums de discussion sur internet. Il reste à la prendre au mot et à espérer que la portée de l'arrêt reste effectivement limitée au cas d'espèce.



Le site internet de la *revue* propose à ses lecteurs un dossier permettant d'accéder rapidement aux principaux actes et documents renseignés dans l'article qui précède (www.rtdh.eu, onglet «Sommaires», «n° 108 octobre 2016», cliquer ensuite sur le titre de l'article).
